



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

RENATA ARAÚJO RIBEIRO PINTO

(DES) CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E DO COMÉRCIO DA MACONHA

**Brasília
2015**

RENATA ARAÚJO RIBEIRO PINTO

(DES) CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E DO COMÉRCIO DA MACONHA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Osterno.

**Brasília
2015**

RENATA ARAÚJO RIBEIRO PINTO

(DES) CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE E DO COMÉRCIO DA MACONHA

Monografia de conclusão de curso apresentada ao Centro Universitário de Brasília – UniCEUB, como requisito obrigatório para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. José Osterno.

BRASÍLIA, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Orientador José Osterno Campos de Araújo

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico, em especial, à minha família, pela capacidade de acreditar e investir no meu futuro, e ao meu namorado, Murilo Peres, pela paciência, pelo incentivo, e, principalmente, pelo carinho em todos os momentos. Dedico, ainda, à todos os meus amigos, pois, cada um, à sua maneira, auxiliou na conclusão desse trabalho.

RESUMO

O presente trabalho acadêmico tem por objetivo expor os argumentos prós e contra a descriminalização da *Cannabis Sativa*, popularmente conhecida como maconha. A intenção da pesquisa é a construção de um debate rico em informações e despojado de preconceitos em torno das teses criminalizadoras e descriminalizadoras da maconha, polarizando o debate para os benefícios da descriminalização do porte para consumo pessoal e do comércio da droga em nossa sociedade, em virtude da ineficaz política antidrogas no Brasil, do ineficiente tratamento penal dispensado aos usuários e traficantes e da superlotação carcerária vivenciada em nosso país, que ocasiona tratamentos desumanos aos detentos e está diretamente relacionada à problemática da criminalização das drogas, principalmente da maconha, uma das drogas mais demandadas e difundidas em nosso país e no mundo. Para tanto, como meio de alcance do objetivo acadêmico, utilizou-se de metodologia de pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direito Penal. Lei 11.343/2006. Maconha. *Cannabis Sativa*. Descriminalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS	9
1.1 Histórico da criminalização de drogas ilícitas no Brasil Republicano	10
1.2 Espécies mais comuns de drogas ilícitas usadas no Brasil	13
1.3 Teses criminalizadoras da maconha	15
2 MACONHA	17
2.1 Composição	17
2.2 Malefícios da droga	18
2.3 Benefícios da droga	21
3 FINALIDADE DA PENA	25
3.1 Ressocialização como fim da pena	25
3.2 O fracasso do tratamento ressocializador	26
3.3 Estatísticas de encarceramento no Brasil	31
4 DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA	33
4.1 Teses descriminalizadoras da maconha	33
4.1.1 <i>O fracasso do modelo proibicionista no contexto das drogas</i>	38
4.1.2 <i>Defesa da descriminalização dos delitos sem vítima</i>	40
4.1.3 <i>O crime de porte de droga ilícita para consumo pessoal (Da inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06)</i>	42
4.1.4 <i>O crime de tráfico de drogas</i>	48
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	52

INTRODUÇÃO

A guerra às drogas claramente não conseguiu atingir os objetivos propostos quando de seu início, com o presidente norte-americano Richard Nixon. Apesar da imposição de uma política intolerante ao consumo e à venda de entorpecentes, tais substâncias, consideradas ilícitas, continuam sendo facilmente manipuladas ao redor do mundo, tanto no interior dos Estados quanto através de suas fronteiras.

Percebe-se que, mundialmente, as atuais políticas antidrogas têm causado mais danos do que as condutas que pretendem coibir.

No Brasil, a Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) apesar de estabelecer a não detenção do usuário, extinguindo as penas privativas de liberdade em relação a ele, não atendeu às necessidades da abordagem pela saúde pública, nem representou o reconhecimento dos problemas associados ao tráfico ilícito de entorpecentes.

Inclusive, o usuário continua sendo criminoso, pois a lei ainda lhe imputa penas, que podem consistir em serviços comunitários, multas ou advertência. E caso se torne dependente, não tem a possibilidade de assistência direcionada a sua problemática por parte do Estado.

Sabe-se que a *Cannabis Sativa*, nome científico da planta conhecida popularmente como maconha, é uma das drogas ilícitas mais utilizadas em todo o mundo, e por isso, existem inúmeras discussões em torno dessa planta tão polêmica.

Por um lado, muitas pessoas a estereotipam, tratando do assunto com preconceito, por outro lado, parcela da população a defende, com argumentações que regulamentariam seu porte para uso e seu comércio. Ainda, há quem não tenha opinião formada e precise de mais informações sobre o assunto, e, justamente por isso o debate acerca do tema se torna relevante.

Não há dúvidas de que a maconha possa causar prejuízos à saúde de usuários que a consumam de maneira excessiva. No entanto, estão presentes na planta compostos químicos benéficos aos portadores de determinadas doenças, o que faz parte do chamado uso medicinal da maconha.

Além disso, a planta também é uma forma de prazer pra quem a consome de forma recreativa, da mesma maneira que outras drogas, como o álcool e o tabaco.

Como contraproposta à política proibicionista, a regulação responsável da maconha é uma alternativa, pois os danos deixados pela nossa atual política de drogas precisam ser reduzidos.

É necessário, portanto, transformar a repressão em redução de danos, o que pode ser feito, por um lado, através da descriminalização do porte da maconha para consumo pessoal, o que não significa aprovar o uso da droga, mas reconhecer que essa é a única alternativa viável para implementação de políticas de saúde para os usuários, e por outro lado, através da sanção de uma lei para regulação do porte e do comércio da droga.

1 CRIMINALIZAÇÃO DAS DROGAS

O processo de criminalização das drogas se mostra meramente moralizador, produto de uma perspectiva punitiva de opções pessoais, e da proliferação do sentimento de culpa, advindo de formações culturais judaico-cristãs ocidentais.

Conforme nos explica Sean Purdy, professor de história americana na Universidade de São Paulo (USP), “a opção proibicionista tem uma motivação moral muito forte, influenciada pelas instituições religiosas”.¹

Durante a década de 60, a maconha e o LSD popularizaram-se pelo mundo todo, usados como uma forma de protesto, vinculados à contracultura e aos movimentos libertários. O uso de drogas se associou às posturas de reivindicação, juntamente com outros elementos culturais, como a música e a literatura, ganhando, assim, maior visibilidade no espaço público, e consequentemente, gerando temor na sociedade e uma maior incidência de matéria penal regulando a matéria.

Diante disso, o presidente norte-americano à época, Richard Nixon, resolveu lançar o que nomeou de Guerra às Drogas (*War on Drugs*), uma política de repressão com tolerância zero ao consumo e à venda de entorpecentes.²

Segundo Rosa Del Olmo, dentro desse contexto histórico, ocorreu uma globalização da repressão às drogas, inserida num projeto de transnacionalização do controle social, com o propósito de ultrapassar fronteiras nacionais para o combate à criminalidade. Ocorre que em todo processo de universalização, nesse caso com a finalidade de repressão à delinquência, existe uma distanciação das características específicas de cada local.

Segundo a autora, “[...] al querer uniformizar el control social transnacionalmente a través de estos códigos, se le está dando al delito un carácter abstrato i ahistórico, olvidando su especificidad concreta en cada formación social”.³ (Tradução livre: Ao querer uniformizar transnacionalmente o controle social através destes códigos, se está dando ao delito um caráter abstrato e não histórico, esquecendo sua especificidade concreta em cada formação social).

¹ ARAÚJO, Tarso. Drogas: está na hora de legalizar? *Super Interessante*, São Paulo, n. 244, p. 62-71, out. 2007. p. 64.

² ARAÚJO, Tarso. Drogas: está na hora de legalizar? *Super Interessante*, São Paulo, n. 244, p. 62-71, out. 2007.

³ OLMO, Rosa. *América Latina y su Criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984. p. 105.

Durante a Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, realizada em Nova York e ratificada por mais de cem países, ficou definida a necessidade de manter a saúde física e moral da civilização, nesse contexto, o uso de tóxicos foi considerado um “perigo social e econômico para a humanidade”, exigindo uma ação internacional de controle, orientada por princípios comuns, para o combate ao tráfico e para tratamento dos toxicômanos.

A consolidação da política-criminal internacional de repressão às drogas se dá com o Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, realizado em 1971, na cidade de Viena.

No entanto, apesar dos esforços empreendidos, a dimensão do problema ampliou-se, visto que os índices de uso e comércio de entorpecentes não retrocederam. Nos EUA, a população carcerária de crimes relacionados às drogas saltou de 50 mil para 500 mil em 30 anos. Para Ethan Nadelmann, membro da Aliança para Políticas de Drogas, Organização Não Governamental (ONG) que pesquisa o tema, “olhar para os EUA como modelo de combate às drogas é como se inspirar na política racial da África do Sul do *apartheid*”, ironizando os evidentes erros do modelo proibicionista.

1.1 Histórico da criminalização de drogas ilícitas no Brasil Republicano

O Código Penal Brasileiro do Império, datado de 1830, não tratava sobre a proibição do uso e do tráfico de entorpecentes. Entretanto, com a edição de um novo código no Brasil Republicano, em 1890, os crimes contra a saúde pública passaram a ser regulamentados (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública). O artigo (art.) 159 do novo código previa como delito: “expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários”, sendo o infrator submetido à pena de multa.⁴

Durante o século XX, o crescente consumo de ópio e haxixe incentivou nova regulamentação da matéria, assim, em 1932, com a consolidação das leis penais, o art. 159 foi alterado e foram acrescentados doze parágrafos, que trouxeram uma pluralidade de verbos incriminadores. Foi alterada também a parte

⁴ Informações legislativas pesquisadas no trabalho de PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

sancionatória do referido artigo, e acrescentada à original pena de multa, a prisão celular, ou seja, no novo modelo repressivo ficavam autorizadas as penas carcerárias. Ainda, o termo “substâncias venenosas” foi substituído por “substâncias entorpecentes”.

Apesar dos resquícios criminalizadores ao longo da história do país, a política de repressão às drogas de forma sistematizada ocorreu principalmente com os Decretos 780/36 e 2.938/38, sistemas punitivos autônomos objetivando demandas específicas, e com o ingresso do país no sistema internacional de repressão às drogas, com o Decreto-Lei 891/38, elaborado conforme as disposições da Convenção de Genebra de 1936, proibindo diversas substâncias consideradas entorpecentes e regulando questões relativas ao comércio, produção e uso dessas substâncias.

Com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40, a matéria passou a ser tratada como “comércio clandestino ou facilitação de uso dos entorpecentes”, com previsão em seu art. 281: “importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar, ou de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. O Decreto-Lei 4.720/42, passou a dispor sobre o cultivo, e a Lei 4.451/64 introduziu ao art. 281 a conduta de plantar.

O ingresso definitivo do Brasil na conjuntura internacional de combate às drogas ocorreu durante a Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castello Branco.⁵

Houve, portanto, uma adequação das normas legislativas brasileiras a contextos internacionais de repressão às drogas, sendo editado o Decreto-Lei 159/67, que igualou aos entorpecentes as substâncias capazes de ocasionar dependência física e/ou psíquica, colocando, por exemplo, os alucinógenos na lista de substâncias proibidas por lei.⁶

No entanto, para o Supremo Tribunal Federal (STF), a ideia de descriminalização do usuário, mero consumidor da droga, causava preocupações no

⁵ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

⁶ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 66

contexto da repressão, e assim, contrariando a orientação internacional do discurso da diferenciação,⁷ o Decreto-Lei 385/68 alterou o art. 281 do Código Penal, criminalizando o usuário com pena idêntica à imposta ao traficante.

Passados três anos de vigência do referido Decreto-Lei, a Lei 5.726/71 acata as orientações internacionais, desconsiderando o dependente como criminoso, mas em verdade, o usuário continuava identificado ao traficante, à medida que a Lei impunha penas restritivas de liberdade a ambos.

Conforme explica Ney Fayet de Souza:

“A Lei Antitóxicos deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança – ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa”.⁸

Nesse contexto, internacionalmente, a estratégia do governo norte-americano, chefiado pelo presidente Nixon, com grande influência nos trabalhos de repressão às drogas, organizados pela Organização das Nações Unidas (ONU), foi a de conduzir a opinião pública a eleger as drogas, principalmente a cocaína e a heroína, como (novo) inimigo interno da nação. Posteriormente, o inimigo, que antes era interno, voltou-se para o exterior, e outros países passaram a ser responsabilizados pelo consumo interno de entorpecentes nos Estados Unidos.⁹

Consequentemente, a América Latina foi uma das responsabilizadas, tendo os países andinos como um dos maiores produtores de cocaína, o que reforça para os Estados Unidos a política de criminalização de Estados estrangeiros como produtores, responsáveis pelo consumo interno de entorpecentes em seu Estado, país consumidor.¹⁰

A política criminal externa norte-americana passou a incidir nos países da América Latina. A Lei 6.368/76 reflete no Brasil a conjuntura dos tratados

⁷ A ideologia da diferenciação é expressão utilizada por Rosa Del Olmo, e permite observar “*duplo discurso sobre a droga, que pode ser chamado de médico-jurídico, por tratar-se de um híbrido dos modelos predominantes (o modelo médico-sanitário e o modelo jurídico)*”, estabelecendo, assim, uma diferenciação entre traficante e usuário, que significariam, respectivamente, delinquente e doente. (OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34).

⁸ SOUZA, Ney Fayet de. Lei Antitóxicos: Reparos e Sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 4, 1972. p. 58-59.

⁹ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 70.

¹⁰ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 62.

e convenções internacionais e o discurso jurídico-político belicista torna-se o modelo oficial de repressão em nosso país, considerado como importante rota de passagem do comércio internacional de entorpecentes.

Desse modo, desenvolveu-se em nosso país uma política de segurança pública voltada para repressão, em detrimento da prevenção. O traficante passou a ser considerado o principal inimigo interno na guerra às drogas, o que justifica as exacerbadas penas para tal figura.

1.2 Espécies mais comuns de drogas ilícitas usadas no Brasil

Apesar de ainda existir grande carga de preconceito ao tratar do tema de liberação de drogas, sabe-se que a maconha é a droga ilícita mais tolerada pela população, considerada uma droga mais leve em relação aos efeitos causados pelas demais drogas ilícitas, ditas mais pesadas.

No ranking do consumo das drogas ilícitas, a maconha está à frente de todas as outras, como crack, cocaína, heroína e ecstasy. De acordo com um levantamento de uso de drogas realizado pelo Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas (Cebid), da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), o consumo frequente da maconha quadruplicou entre os estudantes em dez capitais brasileiras nos últimos dez anos. Entre os jovens de 16 a 18 anos, 13% fazem uso da maconha no Brasil.¹¹

Conforme dados divulgados pelo Instituto Nacional de Políticas Públicas do Álcool e Outras Drogas (INPAD), da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), durante o Levantamento Nacional de Álcool e Drogas (LENAD), 7% da população brasileira já experimentou maconha e 3% da população adulta relatou uso da droga no último ano, sendo que mais da metade desses usuários faz uso diário da erva.

¹¹ CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS. *Levantamento de uso de drogas*. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=112&AreaSelect=1>. Acesso em: 25 mar. 2015.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) constatou uma tendência no aumento do consumo de cocaína em países emergentes, como no caso do Brasil, bem como uma redução do uso em países desenvolvidos.¹²

Segundo dados levantados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil se tornou o maior consumidor de cocaína e seus derivados do planeta. E segundo informações da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), um a cada cem adultos das capitais brasileiras fumou *crack* em 2013.¹³

A cocaína é considerada droga ilícita no Brasil, utilizada normalmente pela inalação de um pó branco, possui alto poder de estímulo do sistema nervoso, aumenta a pressão sanguínea, acelera as frequências cardíacas e respiratórias, causa euforia e deixa seus usuários mais ativos, mas ao final dos efeitos o usuário se sente cansado e apático. A versão solidificada da droga é chamada popularmente de *crack*.¹⁴

De acordo com a edição de 2014 da Pesquisa Global de Drogas, 19,2% dos brasileiros consomem cocaína.¹⁵

As anfetaminas também são consideradas drogas ilícitas em nosso país. São estimulantes sintéticos, ou seja, fabricadas em laboratório, e classificadas como drogas psicotrópicas, pois causam dependência física e psíquica, podendo ser injetadas, ingeridas ou inaladas, causando euforia e sensação de bem-estar. No entanto, podem provocar crises de ansiedade e insônia, e se forem consumidas em doses muito altas, podem causar alucinações e efeitos paranoicos.

As anfetaminas mais conhecidas são: o “rebite”, muito utilizado por caminhoneiros, que viajam grandes distâncias pelo país e precisam manter-se acordados e alertas, e o ecstasy, usado mais comumente pelos jovens em festas. Conforme a Pesquisa Global de Drogas, 2,6% dos brasileiros afirmaram fazer uso de anfetaminas.¹⁶

¹² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Levantamento sobre o uso de álcool e outras drogas*. Disponível em: <<http://www.sesipr.org.br/cuide-se-mais/alcool-e-outras-drogas/dados-sobre-o-uso-de-alcool-e-outras-drogas-no-brasil-1-23999-216347.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

¹³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Levantamento sobre o uso de álcool e outras drogas*. Disponível em: <<http://www.sesipr.org.br/cuide-se-mais/alcool-e-outras-drogas/dados-sobre-o-uso-de-alcool-e-outras-drogas-no-brasil-1-23999-216347.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

¹⁴ KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

¹⁵ BRASIL POST. *Pesquisa Global de Drogas*. Disponível em: <brasilpost.com.br/2014/04/26/drogas-mais-usadas-2014_n_5218600.html>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁶ BRASIL POST. *Pesquisa Global de Drogas*. Disponível em: <brasilpost.com.br/2014/04/26/drogas-mais-usadas-2014_n_5218600.html>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Em 2011, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), nosso país era o maior consumidor de anfetaminas, com o consumo de, aproximadamente quatro toneladas por ano.¹⁷

1.3 Teses criminalizadoras da maconha

Há quem entenda que um maior realismo no combate às drogas, uma discussão despida de preconceitos e idealismos, ajudaria a reduzir danos às pessoas e às sociedades de forma geral. Há também quem discorde dessa visão, com base em diversos argumentos, igualmente poderosos.

Com a liberação do porte para consumo da maconha, a droga seria mais facilmente encontrada e mais pessoas poderiam experimentá-la, aumentando o número de usuários. Isso aumentaria o número de dependentes, e consequentemente, mais pessoas, já predispostas, poderiam desenvolver psicoses, como a esquizofrenia.

Elisaldo Carlini, médico psicofarmacologista, que trabalha no Centro Brasileiro de Informação sobre Drogas (Cebrid), defende a criminalização da maconha. De acordo com o especialista, a legalização tornaria a droga mais acessível, sujeita à campanhas publicitárias, o que acabaria estimulando o seu consumo.¹⁸

Dentre os argumentos criminalizadores está o de que a maconha serve de “porta de entrada” para outras drogas, ou seja, serviria como um facilitador de entrada no submundo da droga. De fato, pesquisas comprovam que, tanto usuários precoces de maconha como usuários regulares, experimentam mais frequentemente outras drogas, como a cocaína.¹⁹

Para Frederico Garcia, Professor-Coordenador do Centro de Referência em Drogas da Universidade Federal de Minas Gerais e Membro da Associação Mineira de Psiquiatria, o uso recreativo da maconha não pode ser

¹⁷ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Levantamento sobre o uso de álcool e outras drogas*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

¹⁸ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

¹⁹ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

tratado como prioridade num país em que já existem mais de 20 milhões de dependentes do álcool.²⁰

No Brasil, de acordo com o Levantamento Nacional sobre Drogas do ano de 2012, 75% das pessoas quando perguntadas disseram discordar da legalização da maconha e 11% disseram concordar. O estudo mostrou que apenas 7% da população experimentou maconha e 3% fez uso da maconha no último ano. O que significa dizer que no ano imediatamente anterior ao estudo (2011), não mais que 3,5 milhões de brasileiros usaram maconha.²¹

Nesse sentido, para Frederico Garcia, não se deve banalizar o uso de outro entorpecente em detrimento dessa pequena parcela da população, o Brasil deve encarar com mais preocupação a herança que o abuso de drogas, lícitas e ilícitas, deixará para futuras gerações.

Para os defensores da criminalização a melhor forma de reduzir os danos à saúde causados pelas drogas é através do combate ao tráfico e ao consumo, mediante políticas de segurança que controlam a oferta de drogas.

A política de controle de drogas tem como base a proteção do bem-estar humano. A frase inicial do primeiro tratado de controle de drogas da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1961, inclusive, trata da preocupação pela saúde física e moral da humanidade.

²⁰ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

²¹ INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS. *Levantamento Nacional sobre Drogas do ano de 2012*. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Press_Maconha_Slte1.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.

2 MACONHA

A *Cannabis Sativa*, nome científico da planta conhecida popularmente como maconha, está entre as mais antigas plantas cultivadas da história. Existem relatos de seu cultivo há mais de cinco mil anos, usada para suprir diversas necessidades.

Os mais antigos escritos da humanidade, encontrados na Mesopotâmia e pertencentes à Biblioteca Sagrada do Rei Assurbanipal, os quais apresentavam receitas de poções, supostamente mágicas, utilizadas por sacerdotes contra as mais variadas doenças, mostram que a maconha era incluída como ingrediente nessas poções, utilizadas, por exemplo, contra febres e dores de cabeça.

Os pioneiros da medicina chinesa utilizavam a maconha misturada ao vinho como anestésico. Já na Índia, a planta considerada sagrada na religião hinduísta, a preferida pelo Deus Shiva, era usada para finalidades medicinais, assim como na Pérsia.

Cabe destacar que a maconha foi o primeiro composto anticonvulsivante descoberto pelo homem, quando da ocupação da Índia pelo Império Britânico, oportunidade em que o médico irlandês William Brooke O'Shaughnessy descobriu tal propriedade, além das propriedades de alívio multissintomático, capazes de reduzir dores, febres, náuseas e vômitos.

2.1 Composição

A *Cannabis Sativa* é uma planta pertencente à família das canabináceas e possui ampla difusão global.

Suas características são de uma planta herbácea, que no auge de seu amadurecimento pode atingir pouco mais de cinco metros de altura. Seus ramos possuem folhas longas, finas e uniformes que irradiam de um ponto central. A maioria das plantas possuem flores com apenas um tipo de gênero, feminino ou masculino, mas existem plantas raras com os dois tipos. Da forma feminina,

principalmente das suas flores e folhas, é que são retiradas as ervas utilizadas para consumo.²²

O *delta9-tetrahidrocanabinol* (THC) está entre as mais de 400 substâncias que podem ser extraídas da maconha, no entanto é considerada a principal delas, responsável pelos efeitos mais conhecidos da erva no organismo, como a sensação de “barato” que causa no consumidor. Na química orgânica, o TCH pertence à família dos fenóis, podendo ser encontrado em toda estrutura da planta, mas com principal concentração nas flores e na resina que reveste as folhas das espécies fêmeas.²³

Os efeitos do THC no corpo humano se dão basicamente pela presença de receptores canabinoides em áreas do cérebro. A forma mais rápida de se obter os efeitos é pelo fumo, pois, quando a fumaça é inalada, é absorvida por estruturas chamadas de alvéolos pulmonares, responsáveis pelas trocas gasosas no sistema respiratório, caindo rapidamente na corrente sanguínea.²⁴

Apesar de seu uso estar mais comumente relacionado à forma de erva como fumo para consumo, podem-se extrair da planta muitas outras substâncias úteis. O cânhamo, por exemplo, pode ser obtido a partir da entrecasca da *Cannabis Sativa* e consiste em fibra vegetal bastante resistente, que, inclusive, era produto estratégico para a indústria naval portuguesa à época das grandes navegações. A casca da planta produz uma polpa que pode ser utilizada na fabricação de papel e de óleos para fabricar vernizes e tintas. Já as sementes, podem ser utilizadas na produção de rações.²⁵

2.2 Malefícios da droga

Os danos à saúde causados pelo consumo da maconha são reconhecidos e, logicamente, não podem ser excluídos do debate acerca da descriminalização da planta.

²² KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

²³ KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

²⁴ KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

²⁵ KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

Elisaldo Carlini, médico psicofarmacologista, que trabalha no Centro Brasileiro de Informação sobre Drogas (Cebid), defende que a droga não deve ser legalizada e afirma que “a maconha faz mal para os pulmões, acarreta problemas de memória e, em alguns casos, leva à dependência”.²⁶

Num paralelo entre álcool, tabaco e maconha, a pesquisadora Analice Gigliotti, presidente da Associação Brasileira de Estudos do Álcool e Outras Drogas, diz que “o cigarro mata metade de seus usuários precocemente – de câncer, doenças pulmonares e cardiovasculares. Mas não provoca alteração de comportamento”.²⁷

Por outro lado, a maconha, segundo a pesquisadora, tem um potencial de vício inferior ao do tabaco e comparável ao do álcool. Mas, ainda assim, vicia, podendo, inclusive, causar síndrome de abstinência. Segundo Analice, o consumo da maconha pode provocar câncer, prejudicar a capacidade de aprendizado e perda dos reflexos motores, o que, como o uso do álcool, também aumenta os acidentes de trânsito.

Os acidentes de trânsito são motivo de preocupação: Discute-se a possibilidade de que usuários de maconha tenham maiores chances de provocá-los.

Em verdade, o uso da maconha reduz o desempenho cognitivo, o que pode aumentar os riscos de acidentes automobilísticos. Estudos demonstram estar correta a relação entre o uso da maconha antes de dirigir e o aumento do risco de acidentes de trânsito. No entanto, cabe ressaltar que, numa mesma correlação, o risco atribuído à maconha é menor do que o atribuído ao uso de bebidas alcoólicas (2,5% *versus* 29%).²⁸

O THC, princípio ativo da maconha, fica armazenado no tecido gorduroso por até 28 dias e permanece agindo no cérebro durante todo esse período. Esse efeito prolongado no cérebro pode causar sérias consequências durante a condução de um veículo, pois, quanto mais THC no sangue, maior o

²⁶ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

²⁷ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

²⁸ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

tempo de resposta do cérebro para decisões habituais pelas quais passa um motorista, como frear, buzinar, desviar, etc.²⁹

Os fumantes de maconha sofrem riscos respiratórios. Usuários da droga registram frequentemente mais sintomas de bronquite do que não usuários. Ademais, há razões para crer que a maconha possa causar câncer de pulmão e de outras estruturas das vias respiratórias, já que o cigarro de maconha contém alguns dos mesmos agentes cancerígenos encontrados no cigarro de tabaco, e também porque os fumantes de maconha inalam mais profundamente a fumaça, apresentando modificações nas células pulmonares que podem preceder o aparecimento de câncer de pulmão.³⁰

Noutro ponto, o uso da maconha está associado ao aparecimento de sintomas depressivos, ansiosos e psicóticos. Quadros psicóticos transitórios com delírios e alucinações são consequência comum da intoxicação por drogas como a maconha. O início precoce do uso e a dose consumida da droga estão relacionados ao surgimento desses sintomas, considerados fatores preocupantes.³¹

Além disso, a maconha comercializada atualmente é geneticamente modificada para conter maiores níveis de THC, o que pode acelerar a dependência do usuário e potencializar alucinações.

Ainda mais grave é o risco do desencadeamento de esquizofrenia em adolescentes com predisposição genética a essa grave doença mental. De acordo com um estudo norueguês, 10% dos casos de esquizofrenia poderiam ser evitados caso não houvesse uso regular da maconha por parte dos pacientes.³²

²⁹ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

³⁰ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

³¹ GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

³² GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

2.3 Benefícios da droga

A relação do ser humano com a *Cannabis Sativa* é mais antiga do que se possa imaginar, tendo origem na Ásia Central. Da mesma forma que diversas outras descobertas e invenções do passado, a planta foi utilizada inicialmente pelos chineses, há mais de 12 mil anos, o que se sabe devido à descoberta de marcas de cordas feitas com fibras de cânhamo em um antigo vaso quebrado, próximo a Taiwan.³³

As propriedades psicoativas da maconha foram descobertas posteriormente, pouco mais de 2.700 anos a.c. A primeira farmacopédia do mundo, o *Peng Ts'ao Ching*, escrito pelo chinês Shen Nung, recomendava o uso da erva para dores menstruais, prisão de ventre, malária, entre outros males. Tais propriedades também eram conhecidas pelos hindus, que faziam, ainda, o uso religioso da erva, como forma de se comunicarem com as entidades espirituais de sua religião.³⁴

Na planta são encontrados compostos químicos que fazem bem aos portadores de determinadas doenças e síndromes. Consegue-se aliviar a dor e sintomas de diversas doenças através de medicamentos feitos a partir desses compostos.³⁵

O caso de Anny Fischer, portadora de uma síndrome rara que, dentre outros sintomas, ocasiona frequentes convulsões, teve seu tratamento com óleo de canabidiol (CBD) inviabilizado, o que chocou o país todo e trouxe à tona a discussão do uso da maconha para seus fins medicinais.

No mês de janeiro de 2014, a menina brasileira de 5 anos de idade virou notícia no país inteiro por ter suas crises convulsivas cessadas com o uso de um óleo à base de canabidiol (CBD), componente extraído da maconha, sem efeitos psicoativos.

Seus pais souberam da experiência de uma menina americana portadora da mesma síndrome de sua filha, que estava controlando suas convulsões com o óleo de canabidiol (CBD). Pelo desespero em garantir a saúde da filha, decidiram arriscar e importaram ilegalmente a substância de um laboratório dos

³³ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

³⁴ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

³⁵ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

Estados Unidos, e, em apenas nove semanas de tratamento, as crises cessaram. A remessa seguinte do produto ficou retida na Receita Federal, e, com a impossibilidade de continuar o tratamento, os pais de Anny viram suas crises convulsivas retornarem, a partir disso, não mediram esforços para tornar o caso público e resolver a situação.³⁶

Existem mais de 60 substâncias com atividade específica em receptores de canabinoides em nosso Sistema Nervoso Central, estas oriundas da *Cannabis Sativa*. E por isso, a obtenção sintética de compostos do tipo canabinoides é uma área que vem crescendo bastante e despertando o interesse de pesquisadores por todo o mundo.

Os canabinoides têm efeitos sobre diversos órgãos e sistemas orgânicos, como o imunológico e o reprodutivo. A aceitação do uso de uma substância deve sempre ser embasada por evidências científicas de qualidade, e nesse sentido, sérias pesquisas têm demonstrado grandes benefícios nesses compostos, sua utilidade médica, através de efeitos analgésicos, controle de espasmos musculares em portadores de esclerose múltipla, entre outros.

No entanto, uma mesma substância pode possuir propriedades terapêuticas e também propriedades tóxicas. Apesar da grande dificuldade em impedir alguns efeitos nocivos dos canabinoides, uma exceção é o Nabilone®, substância canabinoide muito potente, que tem apresentado ótimos resultados como antiemético nos Estados Unidos da América e outros países.³⁷

São exemplos de fármacos desenvolvidos com base em canabinoides por laboratórios norte-americanos: o Marinol® (Dronabinol) e o Cesamet® (Nabilone). Medicamentos que têm sido comercializados para o controle das náuseas provocadas durante tratamentos de quimioterapia, bem como estimulantes de apetite, durante quadros de anorexia em pacientes com AIDS.³⁸

Além disso, a erva é utilizada como forma de prazer, trazendo aos usuários a sensação de bem-estar, o mesmo que acontece com outras drogas,

³⁶ ALMEIDA, Camila. Maconha: remédio proibido. *Super Interessante*, São Paulo, n. 338, p. 34-43, out. 2014.

³⁷ BALTIERI, Danilo Antônio. Canabinoides: da proibição à prescrição. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 34-37, abr. 2014.

³⁸ BALTIERI, Danilo Antônio. Canabinoides: da proibição à prescrição. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 34-37, abr. 2014.

como álcool e tabaco, a diferença é que a maconha é considerada droga ilícita no Brasil.

O pesquisador Wayne Hall, da Universidade de Queensland na Austrália, realizou uma revisão dos estudos em torno dos efeitos do consumo da maconha, já que ela é a droga ilícita mais consumida em todo o mundo. De acordo com a pesquisa de Hall, a *Cannabis Sativa* (taxa de dependência de 10%) é menos viciante do que outras substâncias de uso frequente, como a nicotina (taxa de dependência de 32%), o álcool (taxa de dependência de 15%) e a cocaína (taxa de dependência de 17%).³⁹

É sabido que diversos compostos derivados da *Cannabis Sativa* têm propriedades que combatem o câncer. Demonstra o Dr. Peter McCornick, pesquisador da *University of East Anglia*, na Inglaterra, em pesquisa publicada no *Journal of Biological Chemistry*, como o THC pode reduzir o tamanho de tumores cancerígenos. Esta pesquisa foi realizada em ratos e todos os portadores de câncer de cérebro que receberam o *tetraidrocanabinol* (THC) tiveram seus tumores reduzidos consideravelmente.⁴⁰

Ainda, o pesquisador explica que o sistema endocanabinoide (EC) é uma rede de comunicações no cérebro e no corpo, envolvido em processos fisiológicos responsáveis por sensações, habilidades motoras, memória, entre outros, reagindo aos endocanabinoides naturais do corpo, e também aos encontrados na maconha, como o THC. Cientistas descobriram que o receptor CB2 é sensível às propriedades terapêuticas dos compostos encontrados na *Cannabis Sativa*.⁴¹

De acordo com Wendy Wismer, pesquisador da Universidade de Alberta, no Canadá, em pesquisa divulgada na revista *Annals of Oncology*, a utilização do THC pode melhorar o apetite e a qualidade do sono em pacientes oncológicos sujeitos a quimioterapia, já que esse tratamento afeta o olfato e o

³⁹ MEDIAVILLA, Daniel. *Maconha é menos viciante do que álcool ou nicotina*, 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/06/ciencia/1412618575_595889.html>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁴⁰ MCNAMEE, David. *Further evidence that cannabis can reduces tumor growth in new study*, 2014. Disponível em: <<http://www.medicalnewstoday.com/articles/279571.php>>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁴¹ MCNAMEE, David. *Further evidence that cannabis can reduces tumor growth in new study*, 2014. Disponível em: <<http://www.medicalnewstoday.com/articles/279571.php>>. Acesso em: 12 out. 2014.

paladar dos pacientes, que passam a comer menos e, conseqüentemente, perdem peso.⁴²

Ao final da pesquisa, 73% dos pacientes que receberam o THC revelaram pensar mais em comida, tendo melhorado seu apetite, além disso, a substância fez com que os alimentos parecessem ter um sabor melhor para mais de metade desses pacientes. Já no grupo de pacientes que recebeu placebo, metade deles sofreu perda de apetite e o restante não registrou mudanças.⁴³

Percebe-se, portanto, que a prescrição médica da maconha pode fazer parte de uma estratégia terapêutica de combate ao câncer humano.

Segundo Daniel Sorlino, professor do Departamento de Culturas Industriais (*La cátedra de Cultivos Industriales*) da Faculdade de Agronomia da UBA (*Facultad de Agronomía de la UBA*) na Argentina, a *Cannabis Sativa* é uma cultura que provou possuir diversos benefícios do ponto de vista médico. O óleo extraído da *Cannabis Sativa*, por exemplo, é comestível e saudável, possui ácidos graxos como o linoléico e o oléico (também presentes na canola e na soja) e o Omega 3 (também presente no grão de chia), que reduzem o colesterol no sangue.⁴⁴

A faculdade tramita a importação de sementes vindas do Canadá com o objetivo de investigar sua adaptação à região, para produção de biomassa que pode ser utilizada na fabricação de fibras têxteis naturais, óleos alimentares, medicamentos, bioplásticos, biocombustíveis, etc.

⁴² CIÊNCIA HOJE. *Cannabis combate falta de apetite provocada pela quimioterapia*, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=47626&op=all>>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁴³ CIÊNCIA HOJE. *Cannabis combate falta de apetite provocada pela quimioterapia*, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=47626&op=all>>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁴⁴ INFOCAMPO. *Investigan nuevos usos de Cannabis Sativa*, 2013. Disponível em: <<http://infocampo.com.ar/nota/campo/52059/investigan-nuevos-usos-de-cannabis-sativa>>. Acesso em: 12 out. 2014.

3 FINALIDADE DA PENA

A finalidade da pena criminal é um grande dilema da ciência penal, a discussão acerca do tema busca o real motivo da aplicação da pena a um infrator da lei penal.

De acordo com as primeiras teorias que tentaram explicar as penas criminais, chamadas teorias absolutas, são consideradas como uma reprovação ao autor do delito, apenas um castigo.

Nesse sentido, um mal compensaria outro mal, ou seja, o mal justo da pena compensaria o mal injusto ocasionado pelo infrator, devendo a pena ser proporcional ao delito cometido.

Já as teorias relativas, fundamentadas ideologicamente pelos princípios iluministas, sustentam a finalidade preventiva da pena, consistente em evitar a prática de futuros delitos, tanto pelo infrator, a chamada prevenção especial negativa, quanto por outros membros do corpo social, denominada prevenção geral negativa, visando o fortalecimento da norma.

Conforme a teoria da prevenção especial negativa, acolhida pela atual Lei de Execuções Penais (Lei nº 7.210/84), a pena é considerada como um meio de ressocialização do infrator condenado, devendo ser condizente com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito.

3.1 Ressocialização como fim da pena

O sistema penitenciário moderno tem por base a socialização, ou seja, a terapia social. A ideologia do tratamento busca recuperar o agente que delinuiu, abandonando a concepção da pena apenas como castigo.

Sabe-se que, de acordo com essa perspectiva, o objetivo do tratamento ressocializador é a reabilitação do delinquente, atribuindo-se ao sistema prisional a função de correção e educação do delinquente para que retorne ao convívio social.

Nesse sentido, Raúl Cervini conceitua a pena como sendo “precisamente um tratamento que tende a ressocializar o indivíduo que demonstrou sua inadequação social”.⁴⁵

Em contrapartida, para muitos juristas, ainda temos no Brasil uma cultura punitivista enraizada, e não apenas no Poder Judiciário, mas também nos Poderes Executivo e Legislativo.⁴⁶

Nesse contexto, a ideia de simples punição relacionada ao objetivo da pena seria uma das causas da superlotação do sistema penitenciário brasileiro.

3.2 O fracasso do tratamento ressocializador

Segundo Raúl Cervini, à ideia de ressocialização cabem muitas críticas. Primeiramente, pode-se chegar ao mesmo objetivo através de caminhos diversos da prisão, e também, não se pode pensar em ressocialização do indivíduo sem avaliar o contexto social no qual se pretende colocá-lo, ou continuaremos esbarrando na relação de dominação de uns sobre os outros.⁴⁷

Como ressocializar um delinquente violento sem levar em consideração a sociedade em que ele será reinserido? Sociedade esta que, inclusive, reproduz a violência através dos seus meios de comunicação. Como ressocializar um traficante de drogas se dentro do sistema prisional existe o mesmo tráfico? Ou seja, como falar na ressocialização do delinquente se a própria sociedade continua reproduzindo a delinquência?

Nas palavras de Luis Nassif, Juiz da Vara de Execuções Penais no Amazonas:

“Uma maneira de lidar com esse encarceramento em massa é adotar a política contra a criminalização da droga, defendê-la, como tenho feito [...] acho a criminalização prejudicial para a sociedade e irracional. Você colocar uma pessoa que vende entorpecentes num local onde se vende entorpecentes é incoerente. Tornar a justiça

⁴⁵ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

⁴⁶ NASSIF, Luis. *Os problemas do sistema carcerário brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁴⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 40.

incoerente e sem capacidade de diálogo é tornar a própria justiça, mais do que injusta, incapaz de realizar justiça”.⁴⁸

No mesmo sentido, Raúl Cervini conclui que “as críticas à ideologia do tratamento ressocializador não se dirigem somente contra a ressocialização como tal, mas também e, fundamentalmente, contra o meio empregado para alcançá-la: a prisão”.⁴⁹ O simples encarceramento do condenado, sem atender aos requisitos de uma política criminal eficaz, acaba por dificultar a saída do infrator do submundo do crime.

Segundo Luis Nassif:

“Nenhuma prisão no mundo ressocializa ninguém [...] o discurso ressocializador está sendo usado para encarcerar. Na minha pesquisa, em cada 100 acórdãos que usavam o termo ressocialização, 60 usavam para encarcerar, aumentar ou agravar pena, mesmo todos sabendo que a prisão não ressocializa. Como eu posso dizer para um cidadão que eu vou colocá-lo na prisão para ressocializá-lo? Soa até ridículo. Não podemos punir dessa forma, com um argumento desfeito pela realidade”.⁵⁰

Tendo por base a ideologia do tratamento ressocializador, e analisando a falta de sua essência em nossa sociedade, podemos concluir pelo fracasso da atual política criminal, pois, se a finalidade do encarceramento prisional é a reintegração do condenado, as altas taxas de reincidência nos mostram o seu manifesto fracasso.

Conforme nos ensina Raúl Cervini:

“Em muitos países, as penas longas privativas de liberdade foram descartadas, pela comprovação de que as prisões são fatores criminógenos de alto poder, pois causam, irremediavelmente, a desintegração social e psíquica do indivíduo e também de seu círculo familiar”.⁵¹

Noutro ponto, o autor contrapõe:

“As penas curtas tampouco conseguem prevenir a reincidência e muito menos readaptar o delinquente. Um grande número de delinquentes são ocasionais, de índole meramente circunstancial e

⁴⁸ NASSIF, Luis. *Os problemas do sistema carcerário brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁴⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 44.

⁵⁰ NASSIF, Luis. *Os problemas do sistema carcerário brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁵¹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77.

não requerem reclusão nem tratamento. Outras pessoas, como os doentes mentais, os alcoólatras, os farmacodependentes, não devem cair no âmbito da lei penal, devendo ser feita sua readaptação, caso possível, no plano médico, psiquiátrico”.⁵²

Da análise desses aspectos percebe-se as raízes do fracasso da política criminal tradicional seguida. Uma das soluções estaria em reduzir a quantidade de detentos e institucionalizar o delinquente apenas nos casos mais graves, como por exemplo, nos homicídios, roubos, entre outros crimes de maior potencial ofensivo.

Conforme tal raciocínio, os indivíduos que atualmente cometem crimes relacionados às drogas ficariam de fora da institucionalização criminal.

Corroborando com esse entendimento, Luis Nassif:

“A segunda causa mais emergente de termos um sistema carcerário superlotado e desumano, atualmente é a questão da proibição do entorpecente. Existem estados brasileiros onde mais de 50% dos presos são envolvidos com drogas. Ou seja, você pune uma pessoa envolvida com entorpecente que é um ato praticado consensualmente, isto é, uma pessoa comprou e outra vendeu, prática inclusive estimulada por uma sociedade capitalista, [...] mas você pune exclusivamente os pobres, que encontram um caminho de sobrevivência nesse tipo de comércio, uma sobrevivência com condições mais dignas. E prende também os pobres que consomem, porque os ricos que consomem não são presos. Os ricos que têm grande quantidade sempre são usuários e os pobres são sempre traficantes. Quer dizer, já começa daí uma justiça elitista que está prendendo os pobres em razão de uma atividade estimulada pelo próprio sistema capitalista”.⁵³

Raúl Cervini nos mostra que, “o que predomina na doutrina dos países centrais é a tendência à despenalização e à descriminalização”.⁵⁴ Nesse aspecto é relevante diferenciar tais conceitos que muitas vezes se confundem.

Para o autor, “descriminalizar significa retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito Penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”.⁵⁵

⁵² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 77.

⁵³ NASSIF, Luis. *Os problemas do sistema carcerário brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

⁵⁴ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

⁵⁵ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 81.

Assim, com a descriminalização a conduta deixa de ser um ilícito no âmbito penal. O autor ainda diferencia a descriminalização *stricto sensu* da descriminalização substitutiva, como se vê a seguir.

No entendimento de Cervini:

“A descriminalização *stricto sensu*, em alguns casos, sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado [...] outras vezes, esse tipo de descriminalização responde a uma apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas, ou uma valoração do Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição)”.⁵⁶

Já a segunda forma, a chamada descriminalização substitutiva, configura-se em “casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar”.⁵⁷

Nota-se que, tanto na descriminalização *stricto sensu*, como na substitutiva, a conduta praticada deixa de ser um ilícito penal. No entanto, a primeira hipótese significa eliminar toda a ilicitude, tornando a conduta lícita. Enquanto que, na segunda hipótese, como menciona Raúl Cervini, “embora o comportamento perca a antijuricidade penal, não fica legalizado nem deixa de ser qualificado como antijurídico e indesejável”.⁵⁸

Não é tarefa fácil diferenciar a descriminalização da despenalização, justamente porque, por uma conjuntura tradicional histórica, tendemos a correlacionar delito e pena.

Para Cervini, entende-se por despenalização, “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”.⁵⁹ Dessa forma, compreendem-se nesse conceito, todas as formas de atenuação e alternativas penais, inclusive as medidas reeducativas.

⁵⁶ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

⁵⁷ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

⁵⁸ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 82.

⁵⁹ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

Em nosso sistema, o equilíbrio entre custos e benefícios apresenta-se de maneira não muito realista, o que favorece a criminalização.

Sobre o assunto, Raúl Cervini diz que:

“Frequentemente, o legislador é obrigado a legislar pela pressão da opinião pública, ou de certos grupos que fazem com que ele controle um fenômeno indesejável, sem que disponha de meios eficazes para fazê-lo ou sem que ele esteja disposto a enfrentar os custos dessa ação”.⁶⁰

A opinião pública é fator de grande importância nos processos de criminalização e descriminalização. Os meios de comunicação de massa são a principal forma para que a população conheça a realidade. Para Zaffaroni, “a notícia é elemento de formação da realidade social, e incide na maneira do indivíduo de conhecer”.⁶¹

Ocorre que, muitas vezes, as notícias são transmitidas de forma tendenciosa, mostrando apenas um ponto de vista e fazendo com que a opinião do indivíduo não se forme de maneira livre. Assim, a informação transmitida aos indivíduos, ainda que tendenciosa, será seu elemento para perceber o mundo e formar sua convicção de realidade social.

Segundo Zaffaroni:

“A influência dos meios de comunicação não é exclusiva, mas fundamental e praticamente única, quando se trata de fornecer, acerca do mundo, uma informação à qual o indivíduo, por si só, geralmente não pode ter acesso”.⁶²

Percebemos ser esse o caso das notícias no âmbito criminal, pois estas não são de fácil acesso, e assim, os meios de comunicação de massa são elementos de formação da opinião do indivíduo.

Os meios de comunicação, principalmente a televisão, são instrumento de repercussão de ideias, e no caso do sistema penal, permitem a criação de um sistema ilusório, que repete discursos de justificação para a criminalização, inclusive, estereotipando o criminoso. Nesse contexto, observa corretamente Zaffaroni que “em nossa sociedade mudou-se a comunicação entre as

⁶⁰ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1985, apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

⁶² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1985, apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

peças pela comunicação dos meios, e estes não se limitam a proporcionar uma imagem falsa da realidade, mas produzem a realidade”.⁶³

3.3 Estatísticas de encarceramento no Brasil

Basta analisar as estatísticas de encarceramento nos últimos anos para perceber o aumento drástico de encarcerados e constatar o fracasso do tratamento ressocializador em nosso país.

Segundo dados do Centro Internacional de Estudos Prisionais referentes ao período de setembro de 2011 e setembro de 2013, o Brasil encontra-se na 4ª posição do ranking do sistema penitenciário pelo mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China e Rússia, que ocupam, respectivamente, as primeiras posições.⁶⁴

Essas altas taxas de encarceramento levam o Brasil a ser o país com maior população prisional na América Latina, seguido por México, Colômbia e Peru.⁶⁵

Em 1990, nossa população carcerária total era de 90.000 presidiários, já em 2012, subiu para 548.003 o número de pessoas encarceradas, o que nos leva a um crescimento de 508% da população carcerária em todo o país.⁶⁶

Nos últimos 10 anos (2003 – 2012) a população prisional cresceu 77%, já a população nacional aumentou apenas 31%. Desse modo, no mesmo período analisado, a população nacional cresceu apenas 1/3 enquanto a população carcerária mais que sextuplicou.⁶⁷

Em 2012, a estatística foi de 283 presos por 100 mil habitantes, considerando a população de 193.946.886 habitantes estimada na data pelo IBGE.⁶⁸

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1985, apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 103.

⁶⁴ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013.

⁶⁵ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013.

⁶⁶ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013.

⁶⁷ IBGE. *Estimativas populacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2012/>>. Acesso em: 12 out. 2014.

⁶⁸ IBGE. *Estimativas populacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2012/>>. Acesso em: 12 out. 2014.

O Estado mais encarcerador do país é o Mato Grosso do Sul, com uma taxa de 496,87 presos por 100 mil habitantes. O Distrito Federal encontra-se na quinta posição entre os estados com maior população carcerária por 100 mil habitantes, com 446 presos por 100 mil habitantes.⁶⁹

Em números absolutos, o Estado de São Paulo detém a maior população carcerária do país, com 195.695 presos, o equivalente a 1/3 do total de encarcerados, totalizando 35,7% de toda a população carcerária do país. Seguido por Minas Gerais (51.598), Rio de Janeiro (33.826), Paraná (31.312) e Rio Grande do Sul (29.243).⁷⁰

Apesar do número de vagas carcerárias ter aumentado ao longo desses anos, o déficit entre número de presos e o de vagas ainda é muito desproporcional. Em 2012, havia um número de 240 mil presos além da capacidade dos presídios.⁷¹

Além disso, apenas 9% da população carcerária estava em atividade educacional, e no que tange as atividades laborais, apenas 17% dos internos exercia alguma atividade laboral à época.⁷²

No Brasil, há um grande número de jovens encarcerados. Em 2012, 30% dos encarcerados tinham faixa etária entre 18 e 24 anos, e 25% tinham entre 25 e 29 anos. A maioria dos detentos, totalizando 45,3%, não concluíram o ensino fundamental, e apenas 11,1% concluíram o ensino médio.⁷³

O tráfico de entorpecentes lidera o ranking dos crimes praticados no Brasil, totalizando 25,5% dos encarcerados enquadrados em tal tipificação penal. O que se tem visto nos últimos anos é uma explosão carcerária, um verdadeiro inchaço no sistema prisional brasileiro, que tem forte ligação com o tráfico de drogas.

⁶⁹ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

⁷⁰ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

⁷¹ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

⁷² FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

⁷³ FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

4 DESCRIMINALIZAÇÃO DA MACONHA

A discussão em torno da descriminalização da maconha, bem como de um eventual controle da droga por parte do Estado, ganhou força e repercussão internacional.

Líderes de alto nível, como Fernando Henrique Cardoso, ex-presidente do Brasil, proporcionam discussões internacionais sobre o tema e demandam mudanças na falida política mundial de drogas, incluindo não somente as alternativas ao encarceramento, como também a descriminalização e a regulamentação da droga.

O debate é embasado por diversas perspectivas: científica, médico-sanitarista, política e de segurança pública. Faz-se necessária uma abordagem mais humana e eficiente ao problema das drogas na sociedade.

Uma política de drogas melhor pensada fará com que os esforços de autoridades policiais e judiciárias se voltem ao núcleo do narcotráfico, visando a perda de seus lucros com a venda de drogas, pois, dessa forma, estariam impedidos de continuar a ameaçar a segurança pública.

Em suma, a descriminalização do porte e do tráfico de drogas deve ser encarada como uma medida de redução de danos, defendida por especialistas como mais útil e eficaz na proteção da segurança dos cidadãos e saúde do usuário.

Nesse contexto, merece destaque a experiência de Portugal, onde o número de usuários foi reduzido após alteração bem sucedida em relação à aquisição e à detenção para consumo próprio de plantas, substâncias ou preparações caracterizadas como drogas, inclusive, com o desenvolvimento de políticas alternativas para orientação e tratamento dos usuários.

Na mesma linha, as igualmente bem sucedidas experiências legislativas da Espanha, Chile, Uruguai e Itália, países nos quais a dignidade humana e a intimidade pautam o modelo constitucional, deixaram fora da seara penal o consumo de drogas.

4.1 Teses descriminalizadoras da maconha

A proibição de drogas ilícitas colocou um comércio bastante lucrativo no controle de organizações criminosas, criando fundos que estimulam a corrupção

e a guerra armada no mundo todo. O lucro desse comércio chega ao Estado na forma de propina, sendo usado, também, na compra de armamentos que fomentam a violência. Vista dessa maneira, a atual política de repressão às drogas ilícitas pode ser considerada autodestrutiva.

A proibição de drogas ilícitas gera crescimento na criminalidade, aumentando a violência, a corrupção e os crimes patrimoniais. A política de proibição, e seu consequente mercado ilegal, afeta a saúde dos usuários, que acabam por consumir uma droga vendida ilegalmente, com qualidade inferior, sem nenhuma forma de controle da substância, o que pode levar a mais danos físicos, além de estarem afastados do Sistema Único de Saúde (SUS).

Noutro aspecto, a venda ilegal da maconha proporciona aos narcotraficantes recursos para contrabandear outras drogas, como a cocaína, por exemplo, e adquirir armas de grande calibre, aumentando a violência em nosso país. Além disso, com o enorme lucro proveniente desse comércio ilegal, os narcotraficantes conseguem corromper policiais, políticos e outras autoridades, e assim, mantem seu proveitoso negócio. Nesse contexto, a legalização da maconha tiraria recursos dos grandes traficantes.

São inúmeros os impactos econômicos e sociais da criminalização pelo mundo todo. Segundo Jeffrey Miron, economista de Harvard, desde o início da guerra às drogas, com o Presidente Nixon, o orçamento público de combate às drogas aumentou de 100 milhões de dólares, em 1970, para 15,1 bilhões de dólares, em 2010, com custo total estimado em 1 trilhão de dólares nesses 40 anos.⁷⁴

Milton Friedman, renomado economista, influente pensador liberal e defensor da total liberação dos entorpecentes, apoiou estudos na Universidade de Harvard, mostrando que, se a maconha fosse legalizada, haveria um ganho de U\$ 7,7 bilhões por ano, em vez da fortuna gasta pelos Estados Unidos para sustentar o atual modelo repressivo. Isso poderia representar um investimento de U\$ 6,6 bilhões em taxas para investimento em saúde pública, por exemplo.⁷⁵

Conforme o raciocínio de Milton Friedman, é mais eficiente controlar o consumo da droga através da legalização, já que esta é bem mais barata do que a proibição. A droga deixaria de ser um prejuízo para ser uma fonte de renda do Estado. Assim, ao invés de gastar com a política repressiva, o governo poderia

⁷⁴ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

⁷⁵ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

arrecadar impostos, dinheiro que poderia ser investido, inclusive, na prevenção e no tratamento de dependentes.

Uma tese bastante disseminada contra a liberação das drogas é a de que elas funcionam sob o padrão de escada, ou seja, a pessoa inicia com uma droga mais leve e vai subindo degraus até drogas mais pesadas. Mas será que esse argumento é realmente válido? Qual seria, então, o primeiro degrau da escada? O tabaco? O álcool? A maconha?

Essa tese é utilizada como forte argumentação contra a liberação do consumo da maconha, alega-se, portanto, que ela serviria como “porta de entrada” ou “degrau” para outras drogas.

No entanto, contrariando esse argumento, são utilizadas três explicações possíveis: (i) o mercado de drogas que oferece maconha é o mesmo que oferece outras drogas; (ii) usuários precoces de maconha acabam por experimentar outras substâncias por razões possivelmente não relacionadas à maconha; e (iii) efeitos farmacológicos da maconha aumentam a propensão para experimentação de outras drogas.

Ainda contrariando essa argumentação, segundo pesquisa da *Breckley Foundation*, instituição criada na Inglaterra no ano 2.000, apenas 5% dos consumidores de maconha usam drogas pesadas.⁷⁶

A revista científica britânica chamada *The Lancet* publicou, em 2007, pesquisa do professor David Nutt, da Universidade de Bristol, que classificava as drogas de acordo com três fatores: dano físico ao usuário, potencial de vício e impacto na sociedade.⁷⁷

A classificação das drogas foi baseada em evidências. Psiquiatras especializados no tratamento de viciados apontaram pontuações para as drogas, com base nos três fatores mencionados. A cocaína e a heroína foram apontadas como as mais danosas. O álcool ficou na 9ª posição e a maconha na 11ª posição. O ecstasy ficou entre as últimas posições da lista.⁷⁸

Segundo relatório da Organização das Nações Unidas (ONU), em 2007, 200 milhões de pessoas usavam drogas no mundo, e apenas um oitavo delas

⁷⁶ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

⁷⁷ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

⁷⁸ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

tinha problemas com dependência.⁷⁹ Para o restante dos usuários, sem problemas de dependência, o modelo proibicionista é mais danoso do que a própria droga, já que serve para estigmatizar o usuário como criminoso, dificultando, e muito, sua vida social.

Nesse sentido, Mônica Gorgulho, membro da Associação Internacional de Redução de Danos, que defende a descriminalização dos usuários de drogas, nos explica que “quando alguém decide usar cocaína, não decide ser criminoso. É a sociedade que o empurra para a margem. E isso, sim, é perigoso, porque ele sai do controle social”.⁸⁰

Os piores danos do uso da maconha advêm de seu *status* de droga ilícita, sendo evidentemente necessária uma mudança em relação à política de drogas. A legalização da maconha seria um avanço na tentativa de diminuição das redes criminosas e violentas associadas ao tráfico de drogas, que é considerado como um dos maiores malefícios do uso da maconha.

Além disso, a problemática do consumo da maconha passaria a ser tratada como questão de saúde pública, e não como caso de polícia, mediante política de redução de danos, promovendo a educação, o esclarecimento, e também a reinserção social dos usuários de drogas.

Nos Estados Unidos, o uso do tabaco é sete vezes maior do que o da maconha, e apesar de não ser uma droga proibida, seu uso vem diminuindo, através de políticas de conscientização e restrição de espaços, não sendo necessário criminalizar o usuário de tabaco.⁸¹

Os indivíduos devem optar por consumir ou não a droga, devem escolher o que acham certo ou errado com base nas suas formações educacionais, religiosas, etc. É um consenso a ideia de que a justiça, e até mesmo a família, não impedem alguém de experimentar ou continuar consumindo substâncias consideradas ilegais.

No Brasil, a proposta popular de regulação responsável (SUG-8) apresentada no Senado Federal equipara a maconha ao tabaco e ao álcool, dentro de um sistema rígido de fiscalização da droga. O que incluiria, por exemplo,

⁷⁹ ARAÚJO, Tarso. Drogas: está na hora de legalizar? *Super Interessante*, São Paulo, n. 244, p. 62-71, out. 2007.

⁸⁰ ARAÚJO, Tarso. Drogas: está na hora de legalizar? *Super Interessante*, São Paulo, n. 244, p. 62-71, out. 2007.

⁸¹ AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

embalagens com especificações de quantidade, advertências médicas, limitações ao cultivo, restrições de quantidade por compra, entre outras formas de controle.

Em nosso país, quase 10% dos encarcerados nos presídios são jovens, com idade entre 18 e 29 anos, em sua maioria negros, pobres, moradores de periferias, acusados de tráfico de drogas, presos por estarem com pequena quantidade, geralmente entre 20g e 40g de maconha, mas sem recursos para contratar bons advogados acabam enquadrados no tráfico de drogas, enquanto outros, que podem contratar bons advogados, conseguem enquadrar-se como usuários, até mesmo com maiores quantidades da droga, presos com 100g a 200g de maconha.⁸²

Com o mesmo entendimento, o Juiz Luis Nassif:

“A maioria dos presos são pobres e negros [...] se no caso dos homens até 70% dos presos são por entorpecentes, no caso das mulheres esse número pode chegar a 90%. Se pudéssemos iniciar uma política contra a criminalização de entorpecente, como eu penso que deveríamos fazer, nós teríamos menos de 50% da população carcerária masculina e menos de 90% da feminina. A população carcerária feminina é feita basicamente dessa injustiça social de prender a mãe, a esposa que fica em casa. Quando a polícia invade uma casa ela não quer saber de quem é a droga, ela prende quem está dentro da casa”.

Hoje em dia, com a enorme venda dessa substância, ainda considerada ilegal, os narcotraficantes conseguem recursos inestimáveis para contratar bons advogados, corromper políticos, policiais e juízes, além de contrabandear armas e munição para prática de crimes, induzindo muitos jovens das periferias, que veem no crime uma oportunidade de sair da pobreza.

Nesse contexto, a legalização da maconha retiraria esses recursos dos grandes traficantes, além de reduzir a população carcerária do país, que superlota os presídios brasileiros cada dia mais.

Faz-se necessária uma política de drogas realista, pois é utópico imaginar um mundo sem drogas, um objetivo que nunca foi alcançado com a proibição. Nossa atual Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) não atingiu seus objetivos em relação à saúde pública e ao tráfico ilícito de drogas. Os danos advindos da proibição precisam ser diminuídos, através de medidas como a descriminalização do

⁸² JÚNIOR, Eurico. Notas sobre a legalização da maconha no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 31-33, abr. 2014.

porte de drogas para o consumo pessoal, que possibilitaria ao governo a implementação de programas de saúde específicos para os usuários.

4.1.1 O fracasso do modelo proibicionista no contexto das drogas

O consumo e o comércio de drogas ilícitas nunca foram afetados por nenhuma das leis e tratados que se designaram a tratar da questão. A guerra contra as drogas (*War on Drugs*) iniciou-se nos Estados Unidos, em 1973, durante o governo de Nixon, e a partir de 1988, o modelo proibicionista foi disseminado pelo mundo. Apesar do insucesso do proibicionismo, este continua sendo mantido, por uma série de razões que justificam a ação repressiva e a criminalização.

Os objetivos declarados da guerra às drogas são: i) diminuir e eliminar a difusão de substâncias entorpecentes no mundo por meio de medidas que ataquem a oferta e a demanda; ii) a necessidade de tutela da saúde pública, no campo normativo; iii) quanto à atuação do aparelho repressivo, a finalidade declarada é aquela que os penalistas classificam como prevenção geral⁸³, entendida nas vertentes de dissuasão e intimidação da coletividade entre à ameaça do rigor da lei penal.⁸⁴

No entanto, os resultados do atual modelo proibicionista são: a) a oferta não foi reduzida; b) o consumo aumentou; c) agravou-se a situação da saúde pública; d) deteriorou-se o sistema prisional; e) perseguem-se os consumidores e não os autênticos traficantes.⁸⁵

Verifica-se, portanto, que o atual modelo proibicionista não só impede a implementação de uma política eficiente de redução de danos, como também vem agravando os problemas de saúde pública. Surge, assim, uma eminente contradição, já que o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal no combate às drogas é, exatamente, a saúde pública.

⁸³ “[...] Em resumo, a prevenção geral, seja negativa ou positiva, radica-se em duas ideias: a utilização do medo e o reconhecimento da racionalidade do homem, que, submetido à pressão resultante do poder intimidativo ou comunicativo da pena, não atentaria contra os valores por esta protegidos. (SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativa à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31).

⁸⁴ SICA, Leonardo. “Funções Manifestas e Latentes da Política War on Drugs” In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9-23.

⁸⁵ SICA, Leonardo. “Funções Manifestas e Latentes da Política War on Drugs” In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9-23.

Como visto, foi durante as décadas de 70 e 80 que se intensificou o combate às drogas, com o controle do tráfico e do uso de drogas. Nessa época, os ordenamentos jurídicos, abrangendo as legislações nacionais e internacionais⁸⁶, ampliaram a atuação do Direito Penal para proteção de um bem jurídico coletivo, a saúde pública, e tomando por base a técnica do perigo abstrato, tipificaram condutas relacionadas ao tráfico e uso de drogas.⁸⁷

Desse modo, não se questiona a importância da tutela de bens jurídicos coletivos pelo Direito Penal, inclusive, porque vivemos dentre complexas relações sociais de risco, mas existe a necessidade de limitação da proteção penal a esses interesses ditos coletivos. Assim, nos casos em que não se possa estabelecer a conexão desses bens coletivos com bens individuais, não está legitimada a atuação do direito penal.

Analisando as normas relativas às drogas, é possível enxergar nas condutas descritas dois tipos de delitos: delitos contra a saúde pública e delitos de perigo abstrato à saúde do indivíduo.

Pierpaolo Bottini ensina que:

“Nem sempre a distribuição de entorpecentes cria um risco desaprovado ou possível, nem sempre se verifica a periculosidade abstrata da conduta, como nos casos em que a droga é utilizada para tratamento de toxicodependentes, para minimizar os efeitos da abstinência”.⁸⁸

Nesse caso, de uma maneira mais acertada, a conduta seria irrelevante para o Direito Penal, pois não existe o elemento objetivo do tipo penal, não houve o potencial risco à saúde do indivíduo, mas ao contrário, o risco foi diminuído.

No entanto, em nosso sistema penal, a conduta de tráfico de drogas lesiona o bem jurídico coletivo tutelado pelo Direito Penal, qual seja, a saúde pública, ainda que a droga não seja consumida pelo indivíduo, mas pelo simples fato do perigo abstrato à sua saúde individual. Ou seja, ainda que a droga não seja

⁸⁶ No plano internacional destaca-se a Convenção das Nações Unidas, realizada em 1988, que “solidifica a política repressiva” e possibilita a chamada “militarização hemisférica” no combate às drogas. (CARVALHO, Salo de. *A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998*. Rio de Janeiro: Lumem, 1998. p. 132).

⁸⁷ BOTTINI, Pierpaolo. “As drogas e o direito penal na sociedade de risco”. In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69-85.

⁸⁸ BOTTINI, Pierpaolo. “As drogas e o direito penal na sociedade de risco”. In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69-85.

consumida pelo usuário, por qualquer fator, externo ou não à sua vontade, estará configurado o delito.

Não há, portanto, para configuração do delito, a necessidade de confirmação do risco à saúde individual no caso concreto, o dano é potencial, e não há a necessidade de demonstração de um resultado concreto.

Segundo Luciana Boiteux:

“A política proibicionista fracassou aos fins que se propôs, além de não ter conseguido ‘proteger’ a saúde pública, ainda serviu de agravante na pandemia da AIDS e outras doenças, além de ter agravado a situação social dos países periféricos”.⁸⁹

Em suma, a criminalização falhou na proteção da saúde pública e contribuiu para intensificar o dano à saúde individual, à medida que impede o desenvolvimento de políticas de redução de danos, como por exemplo, o aparelhamento de um sistema de saúde satisfatório e atrativo para o usuário.

4.1.2 Defesa da descriminalização dos delitos sem vítima

Os delitos sem vítima são terreno propício para colocar em prática as teses do direito penal mínimo.

Aniya de Castro define os crimes sem vítima como “aqueles onde não há acusação da parte”,⁹⁰ o que podemos considerar, na verdade, como sendo sua principal característica.

Os estudos de Bedeau aprofundam-se quanto às características desses delitos. O autor apresenta quatro aspectos principais para esse tipo de crime, quais sejam: a) a participação consensual no fato; b) a ausência de participantes demandantes pedindo proteção das leis penais; c) a ausência de sentimento de dano por parte da vítima; d) a atitude voluntária de oferecer bens ou serviços socialmente desaprovados, mas amplamente requisitados. O somatório de tais aspectos, chamados pelo autor de “arestas delimitadoras” implicam na ausência de vítimas, ou pelo menos de vítimas diretas.⁹¹

⁸⁹ BOITEUX, Luciana [et.al]. Tráfico de Drogas e Constituição. *Pensando o Direito*, Ministério da Justiça, Brasília, n. 1, p. 24-26, 2009.

⁹⁰ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

⁹¹ BEDEAU apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

No entendimento de Raúl Cervini, e a meu ver, o terceiro aspecto é o que possui maior peso dentre os demais. Isto porque, como ensina o autor, “cremos que, inseridos na tessitura reformadora da intervenção penal mínima, deve ser desterrada a ideia de uma sociedade paternalista, que dite leis para proteger as pessoas de assumir riscos voluntários contra si mesmas”.⁹²

O último aspecto mencionado também possui grande relevância, visto que se encaixa perfeitamente no contexto dos usuários de drogas, para os quais o fato de serem ilegais não apresenta efeitos na redução da procura pela mercadoria.

Cervini conclui seus estudos elaborando uma definição para os delitos sem vítima:

“Uma atividade é um crime sem vítima somente se está proibida por um código criminal e sujeita a penalidade ou castigo, além de implicar uma mudança ou negociação de bens e serviços entre os adultos, que consentem em relacionar-se em uma atividade que não é prejudicial, e voluntariamente não vão informar as autoridades de sua participação”.⁹³

Aniyar de Castro defende que:

“Não é somente a inexistência de vítimas o que promove a tendência descriminalizadora, mas que tanto no caso do adultério, como no aborto, consumo de álcool e drogas, converge uma série de padrões que conduz inequivocamente ao mesmo resultado”.⁹⁴

Tal linha de pensamento não defende a descriminalização de um ato ilícito pura e simplesmente baseada no fato de que o delito não tem vítimas, isto porque, devemos reconhecer que toda conduta humana é transcendente, ultrapassa o indivíduo, mas se baseia também no fato de que as leis discutidas produzem mais danos do que bem estar à sociedade.

Para Raúl Cervini:

“Uma das maiores consequências da criminalização de condutas nas quais há consentimento mútuo é a criação de crimes adicionais, os

⁹² CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

⁹³ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 208.

⁹⁴ Diz a autora que: “Sobre o consumo do álcool e de drogas, alega-se que o Estado não deve arrogar-se, pela via penal, coercitivamente, à proteção da saúde individual (deveria então fiscalizar os menus diários dos indivíduos). O que é mais uma enfermidade do que um delito”. (ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Temas de derecho penal: Los delitos de bigamia y adultério*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1970. p. 56)

quais não existiriam ou diminuiriam se tais condutas fossem legais, ao mesmo tempo em que contribuem para a acentuação da autoimagem desviada entre os indivíduos”.⁹⁵

Ideia que nos remete ao caso dos consumidores de drogas, onde observa-se características de autodepreciação devido aos rótulos impostos a eles.

4.1.3 O crime de porte de droga ilícita para consumo pessoal (Da inconstitucionalidade do art. 28 da lei 11.343/06)

No que se refere ao uso de drogas, não existe atualmente uma política que possa promover efetivamente a saúde da população brasileira. A punição acaba por extrapolar os limites constitucionais e o debate público é repleto de preconceitos, o que impede uma discussão justa sobre o assunto.

Em certos casos, a aplicação da atual lei de drogas viola direitos fundamentais e contribui para superlotação do sistema carcerário, um grave problema enfrentado por nós brasileiros na atualidade.

Um dos maiores exemplos disso é o aumento da população penitenciária desde que a atual Lei de Drogas foi aprovada em 2006. De 2007 até 2010, a população carcerária relacionada às drogas aumentou 62,5%, o que se deu principalmente entre réus primários e sem envolvimento com o crime organizado, conforme pesquisa elaborada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro em parceria com a Universidade de Brasília.⁹⁶

Apesar das mudanças trazidas pela Lei nº 11.343/2006, o porte de drogas continua sendo crime, inclusive conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, mas não está sujeito às penas privativas de liberdade, o que demonstra sua despenalização, apenas.

A Lei 11.343/06 alterou a consequência penal para o porte de drogas para consumo próprio, substituindo a pena de prisão de 6 meses a 2 anos, prevista no antigo art. 16 da revogada Lei 6. 368/76, por penas de advertência, em

⁹⁵ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 212.

⁹⁶ FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e Brasília no crime de tráfico de drogas*, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

prestação de serviços à comunidade ou medida educativa obrigatória, dispostas no art. 28 da Lei 11.343/06.

Desse modo, o atual texto da Lei de Drogas não deixa de criminalizar a conduta do porte para consumo pessoal, prevendo como pena a prestação de serviços à comunidade, além de fixar medida educativa, que se assemelha a um castigo para o usuário.

O novo dispositivo abranda as consequências penais para os usuários de drogas à medida que afasta a pena privativa de liberdade, mas, ainda assim, mantém a natureza delitiva do comportamento, bem como o caráter estigmatizante da incidência penal.⁹⁷

Essa estigmatização preconceituosa é explicada pela chamada “*junkyzação*” do usuário, uma caracterização pejorativa à ele atribuída, que, disseminada pelos meios de comunicação de massa, produz uma intensa reação social sobre os consumidores de entorpecentes⁹⁸, o que dificulta seu tratamento médico e aumenta as chances de receberem um tratamento degradante por parte de autoridades policiais e judiciárias.⁹⁹

A questão da eficácia da repressão penal no consumo de drogas vem sendo amplamente discutida, isto porque, o consumo de drogas, individualmente, não gera danos à saúde pública.

Por outro lado, ainda que a saúde do indivíduo seja atingida, o Direito Penal, à luz da Constituição Federal, não está legitimado a punir a autolesão, ou então teríamos condutas como, a tentativa de suicídio, também tipificadas criminalmente.

O art. 28 da Lei 11.343/06 pode ser considerado inconstitucional, uma vez que viola os direitos à intimidade e à vida privada, resguardados pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X.

A tipificação penal do consumo de drogas, viola, ainda, a dignidade da pessoa humana e a pluralidade, resguardadas também pela Constituição Federal

⁹⁷ KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v.14, n.167, p. 6-7, 2006.

⁹⁸ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)*. Rio de Janeiro: Lumem, 1991. p. 200.

⁹⁹ Nesse sentido, a iniciativa da Comissão Brasileira de Drogas e Democracia e da Associação Nacional de Defensores Públicos com a criação do *Banco de Injustiças*, um cadastro de relatos de sobre injustiças praticadas no âmbito do “combate às drogas”, em especial em relação aos usuários, demonstrando a realidade do tratamento policial. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/categoria/oscasos>>. Acesso em: 02 out. 2014.

em seu art. 1º, incisos III e V, pilares que sustentam o modelo político e jurídico nacional.

Dignidade humana pode ser definida como a capacidade de autodeterminação do ser humano para o desenvolvimento de um mundo de vida autônomo, onde seja possível a reciprocidade. E pluralidade significa a tolerância no mesmo corpo social de diferentes modos de vida, estilos, ideologias e preferências morais, respeitadas as fronteiras do mundo de vida dos outros.¹⁰⁰

Esses princípios limitam o uso do direito penal como instrumento de controle social. A definição de um espaço legítimo para atuação do direito penal exige o reconhecimento de que comportamentos praticados dentro da esfera individual, ou seja, dentro do espaço de autodeterminação do indivíduo, sem afetar terceiros, não tem relevância penal.

A punição do uso de drogas por parte do Estado estaria inadequada, pela ausência de perigo ao bem jurídico coletivo, pois a conduta não causa lesão a terceiros, não ameaça a saúde pública.

Conforme Mariângela Gomes:

“O direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que de forma mais contundente afeta a liberdade dos cidadãos, e, exatamente por esse fato, somente poderá ser legitimado quando tiver como objetivo a tutela de bens que apresentam grau de importância comparável à liberdade – essenciais, portanto, para o desenvolvimento da sociedade”.¹⁰¹

Nesse sentido, a seguinte jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, admitindo a falta de legitimidade do direito penal para tratar da questão das drogas para consumo próprio:

“O crime, além da conduta, reclama resultado, no sentido de provocar dano ou perigo ao bem jurídico. *O tráfico ou o uso de entorpecentes são definidos como delitos porque acarretam, pelo menos, perigo para a sociedade e ao usuário.* A quantidade ínfima, descrita na denúncia, não projeta o perigo reclamado”. (*Grifo nosso*).¹⁰²

¹⁰⁰ PAWLIK, Michael. *La libertad institucionalizada*. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 78. Nesse sentido também, GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 8-10, nov/dez. 2010.

¹⁰¹ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a idoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86-102.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 154840/PR*. Sexta Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min.

Percebe-se na decisão acima que, apesar da aceitação de que a droga acarreta perigo à sociedade e ao usuário, quando ocorre em pequena escala, a condenação é afastada pela insignificância. Na verdade, o que se quer demonstrar é a necessidade de afastar a incidência do Direito Penal sobre qualquer uso, seja ele pequeno ou não.¹⁰³

Em defesa da constitucionalidade da norma em discussão a doutrina busca sua legitimidade em três pilares de proteção: (i) *saúde individual do usuário*, (ii) *saúde pública*¹⁰⁴ e (iii) *segurança pública*, à medida que o usuário estaria propenso à prática de crimes patrimoniais para financiar o consumo de drogas.

No que tange à saúde individual, deve-se reconhecer que impedir o acesso do usuário à droga é relevante para a preservação de sua integridade, tanto física quanto psíquica.

Contudo, é acertado que a proteção de um bem jurídico não pode passar pela criminalização de seu próprio titular. A tipificação penal e sua consequente sanção retira uma parte da autodeterminação do indivíduo. E assim, não faz sentido subtrair a liberdade desse indivíduo com o objetivo de proteger essa mesma liberdade sob outro prisma.

Dessa forma, a atuação do direito penal contra o usuário de drogas, tendo como justificativa sua própria proteção, não possui qualquer legitimidade. Com o mesmo entendimento acerca do tema, diversos juristas como Reale Jr.¹⁰⁵, Nilo Batista¹⁰⁶, Salo de Carvalho¹⁰⁷, Boiteux¹⁰⁸, dentre muitos outros.

A criminalização de comportamentos inerentes ao espaço de autonomia do indivíduo é incompatível com um sistema pautado pela dignidade da

Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 06 de abril de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700811883&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 06 abr. 2015.

¹⁰³ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. p. 76.

¹⁰⁴ MEDICI, Sérgio de Oliveira. Incriminação do porte de substância entorpecente para uso próprio *In*: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 151-160.

¹⁰⁵ REALE JR., Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, n. 85, p. 66-68, 2010.

¹⁰⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 91.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)*. Rio de Janeiro: Lumem, 1997. p. 202.

¹⁰⁸ BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 18, n. 217, p. 24-26, dez. 2010.

pessoa humana, sendo tal elemento norteador do direito penal e de princípios como o da intervenção mínima.

Vale destacar, nesse sentido, a seguinte jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Ementa: 1.- A traficância exige prova concreta, não sendo suficientes, para a comprovação da mercancia, denúncias anônimas de que o acusado seria um traficante. 2.- O art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é inconstitucional. A criminalização primária do porte de entorpecentes para uso próprio é de indisfarçável insustentabilidade jurídico-penal, porque não há tipificação de conduta hábil a produzir lesão que invada os limites da alteridade, afronta os princípios da igualdade, da inviolabilidade da intimidade e da vida privada e do respeito à diferença, corolário do princípio da dignidade, albergados pela Constituição Federal e por tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil”.¹⁰⁹

No mesmo sentido, decisões de outros países apontam a incompatibilidade entre o tipo penal em discussão e a dignidade humana.

Vale destacar, a Colômbia, onde a Corte Constitucional afastou a constitucionalidade da criminalização do uso de drogas, com o seguinte fundamento:

“Si a la persona se le reconoce esa autonomía (esfera de libertad individual) no puede limitarse sino en la medida en que entra en conflicto con la autonomía ajena. El considerar a la persona como autónoma tiene sus consecuencias inevitables e inexorables, y la primera y más importante de todas consiste en que los asuntos que sólo a la persona atanem, sólo por ella deben ser decididos. Decidir por ella es arrebatarle su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla em médio para los fines que por fuera de ella se eligen. Cuando el Estado resuelve reconocer la autonomía de la persona, lo que ha decidido, no más ni menos, es constatar el ámbito que le corresponde como sujeto ético: dejarla que decida sobre lo más radicalmente humano, sobre lo bueno y lo malo, sobre el sentido de su existencia”.¹¹⁰

(Tradução livre: se à pessoa se reconhece essa autonomia (esfera de liberdade individual), não se pode limitá-la apenas na medida em que entra em conflito com a autonomia de outros. Considerar a pessoa como autônoma tem suas consequências inevitáveis e inexoráveis, e a primeira e mais importante de todas consiste em que os assuntos que apenas à ela interessam, apenas por ela devem ser

¹⁰⁹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal. *Apelação Criminal 01113563.3/0-000-00*. Sexta Turma Criminal. Apelante: Ronaldo Lopes. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator José Henrique Rodrigues Torres. São Paulo, 31 de março de 2008. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/11_Drogas%20-%20uso%20-%20conduta%20atipica%20-%20TJSP.pdf?1298650579>. Acesso em: 06 abr. 2015.

¹¹⁰ COLÔMBIA. Corte Suprema de Justiça. Sentença C-221. *Processo 31531*. Colômbia, 08 de julho de 2009. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Amicus-Curae_Revista.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

decididos. Decidir por ela é arrebatá-la sua condição ética, reduzindo-a à condição de objeto, coisificando-a, convertendo-a em meios para os fins que são escolhidos de fora. Quando o Estado decide reconhecer a autonomia do indivíduo, o que decide, nada mais, nada menos, é afirmar o alcance que merece como sujeito ético: deixá-lo decidir sobre o mais radicalmente humano, sobre o bem e o mal, do sentido da sua existência).

A proteção à dignidade da pessoa humana irradia-se por toda a Constituição e se manifesta em outros preceitos, como no art. 5º, inciso X, que protege a intimidade e a vida privada do indivíduo, também afetados pelo dispositivo ora discutido.

O consumo de drogas enquanto comportamento individual, sem afetação à dignidade de terceiros, encontra-se no campo da intimidade do indivíduo.

Tércio Sampaio diferencia a intimidade, que para ele é “o âmbito do exclusivo que alguém reserva para si, sem nenhuma repercussão social”, da vida privada, indicada pelo autor como “formas exclusivas de convivência (...) em que a comunicação é inevitável.”¹¹¹

O círculo da intimidade, onde o indivíduo exerce sua liberdade de pensamento e de ação, não pode sofrer afetações pelo Poder Público ou por terceiros. Sendo o “conjunto de modo de ser e viver, o direito de o indivíduo viver sua própria vida”¹¹². O consumo de drogas situa-se dentro desse círculo íntimo, protegido da ingerência do Estado quanto à repressão penal.

Seguindo o mesmo raciocínio, o voto do Excelentíssimo Ministro Enrique Santiago Petracchi, membro da Corte Constitucional argentina, por ocasião da prolação da sentença no Recurso de Hecho A. 891. XLIV, em 25 de agosto de 2009, que declarou a inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo pessoal, com base também no princípio da intimidade (art. 19 da Constituição argentina):

“En este cometido, corresponde reiterar que el artículo 19 de la Constitución Nacional ha ordenado la convivencia humana sobre la base de atribuir al individuo una esfera de señorío sujeta a su voluntad y esta facultad de obrar válidamente libre de impedimentos, conlleva la de reaccionar u oponerse a todo propósito de enervar los límites de aquella. En este contexto vital, puede afirmarse que en una

¹¹¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 1, p. 141-154, São Paulo: RT, 1992.

¹¹² FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 1, p. 141-154, São Paulo: RT, 1992.

*sociedad horizontal de hombres verticales, en la que la dignidad es un valor entendido para todo individuo por su sola condición de tal, está vedada toda medida que menoscabe aquella prerrogativa (artículo 19 de la Constitución Nacional)”.*¹¹³

(Tradução livre: Para este fim, reitera-se que o artigo 19 da Constituição Nacional ordenou a convivência humana sobre a base de atribuir ao indivíduo um domínio à sua vontade, e essa capacidade de agir validamente sem restrições envolve opor-se à toda finalidade de enervar os limites daquela. Neste contexto crítico, podemos dizer que em uma sociedade horizontal de homens verticais, em que a dignidade é um valor compreendido para todos os indivíduos, por sua condição como tal, é proibida qualquer ação que prejudique essa prerrogativa (artigo 19 da Constituição Nacional).

É função do Poder Público desenvolver programas visando proteger a saúde dos cidadãos, alertando-os, inclusive, para o risco do uso de drogas, promovendo atividades pedagógicas e oferecendo estruturas de tratamento.

Desse modo, é ilegítimo e ineficaz o uso do direito penal para inibir o consumo de drogas, quando se trata da perspectiva da saúde individual do usuário, pois no âmbito da sanção penal são violados os artigos 1º, incisos III e V e 5º, inciso X, ambos da Constituição Federal.

4.1.4 O crime de tráfico de drogas

O Brasil enfrenta um grave problema em relação ao tráfico de drogas ilícitas. Nosso país encontra-se ao lado de dois grandes produtores de coca, Peru e Colômbia, e uma considerável parte da cocaína consumida na Europa passa pelo vasto território brasileiro.

Desse modo, nosso país vem sendo cada vez mais explorado pelos grupos do crime organizado internacional, passando a ser rota de carregamentos de cocaína provenientes de nossos vizinhos latino-americanos, o que também facilita a oferta da droga para consumo interno.

As taxas de encarceramento no Brasil são altas, e quando relacionadas ao mercado ilícito de drogas, nos traduzem o tamanho do problema que vivenciamos.

¹¹³ ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Recurso de Hecho A. 891. XLIV*. Argentina, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Amicus-Curae_Revista.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

Uma maior tolerância para os usuários de drogas adveio da lei 11.343/06, que descartou para eles as penas privativas de liberdade. Segundo a mesma legislação, a diferença entre usuário e traficante é linha tênue, submetida à interpretação do juiz, a depender da quantidade de droga apreendida, do local e das circunstâncias do flagrante delito, além da conduta e dos antecedentes do acusado.

Nesse contexto, existem certas contradições sobre o crime de tráfico de drogas ilícitas. Como é possível, por exemplo, descriminalizar o porte de determinada droga para consumo próprio, mas manter criminalizado o comércio desse entorpecente?

O tráfico de drogas enquadra-se entre aquelas infrações em que o próprio bem jurídico tutelado acaba sendo ameaçado, nesse caso falamos da saúde pública.

A criminalização do comércio de entorpecentes acaba por gerar problemas mais graves de saúde pública, pois os consumidores são colocados em situação de clandestinidade e têm de lidar com a possibilidade de que a droga esteja adulterada, com diversas impurezas maléficas à saúde. Isto porque, ante a criminalização da conduta, não existe a possibilidade de desenvolver um controle sobre a qualidade da droga, do ponto de vista da proteção ao consumidor.¹¹⁴

Noutro ponto, verifica-se que o direito penal não alcança seu caráter preventivo na questão das drogas, pois, apesar das proibições advindas da Lei Antidrogas, as normas ali contidas não servem para inibir as condutas tipificadas como crime.

Em relação à proibição do comércio de substâncias consideradas ilícitas, deve-se considerar o fato de que, no Brasil, entre 1991 e 1998, época em que houve um endurecimento da legislação penal, o tráfico ilícito de drogas cresceu num percentual de 101,78%. O comércio de cocaína, opiáceos e derivados, inclusive do crack, aumentou em média 440,83%.¹¹⁵

Desse modo, verifica-se que, a criminalização do porte e do tráfico de drogas ao longo da história não serviu para inibição dos comportamentos proibidos.

¹¹⁴ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a idoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86-102.

¹¹⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 494.

Deve-se reconhecer que essas incriminações não atingem sua finalidade de prevenção, mas pelo contrário, acabam por produzir danos maiores do que as vantagens a serem obtidas, tanto ao indivíduo, quanto à sociedade.

A tipificação penal do tráfico de drogas tal como ocorre em nossa legislação não diferencia os diversos tipos de comerciantes de drogas existentes, não leva em consideração a realidade social brasileira e estabelece penas injustas e desproporcionais.

No Brasil, a maioria dos condenados por tráfico de drogas têm papéis insignificantes nessa estrutura comercial, ou seja, estão localizados em níveis hierárquicos inferiores no contexto do tráfico ilícito de entorpecentes, pertencentes a uma parcela pobre da população, podendo ser facilmente substituídos em caso de prisão ou morte, sem interferência na estrutura final da organização do tráfico.¹¹⁶

Em razão das penas desproporcionais entre traficantes e usuários, as penitenciárias do país estão superlotadas, mas a produção e o lucro decorrentes do comércio de drogas ilícitas aumentam cada dia mais, juntamente com a demanda por drogas, principalmente pela maconha, a droga de maior consumo e difusão em nossa sociedade.

A atual política de drogas brasileira é apenas um meio simbólico para proteção à saúde pública, em verdade, serve somente como meio de propagação de uma antiga prática de repressão e controle social dos pobres, excluídos e marginalizados.

¹¹⁶ FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *Tráfico de Drogas e Constituição*: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e Brasília no crime de tráfico de drogas, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

CONCLUSÃO

É incontestável a ineficácia da atual política proibicionista de drogas e, conseqüentemente, da legislação criminalizadora da maconha, que proíbe o porte para consumo pessoal e o comércio da droga. Sabe-se que, na realidade, sua produção e comercialização são feitas livremente, ainda que consideradas práticas ilícitas.

Dessa forma, a maneira mais adequada de lidar com essa realidade é a descriminalização de tais práticas no que se refere à maconha, em conjunto com uma séria política de regulamentação da produção e do comércio da droga, que passaria a ser considerada lícita, da mesma forma que o álcool e o tabaco.

A ideia não é a de liberação total da maconha, haveriam diversas regras e restrições, à exemplo da regulamentação do porte para uso pessoal e da venda controlada de maconha pelo nosso vizinho latino-americano, o Estado do Uruguai, e também como já acontece com o álcool e o tabaco em nosso país.

Importante destacar que a criminalização da droga não tem atingido seu objetivo de proteção à saúde do usuário, bem como proteção da população contra os riscos pelo vínculo com o tráfico.

Sobre a experiência uruguaia, Julio Calzado, em debate na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, em junho de 2014, afirmou que “em menos de um mês de aprovação da lei em seu país, o número de mortes ligadas ao uso e comércio da *Cannabis Sativa* foi reduzido a zero”.¹¹⁷

Conclui-se que, com a descriminalização da maconha e uma intervenção do Estado para sua correta regulamentação, fica mais fácil reduzir a incidência do crime organizado que há por detrás do seu comércio ilícito. Fica possível também, melhorar a saúde pública com políticas voltadas à redução de danos aos usuários da droga.

¹¹⁷ KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Camila. Maconha: remédio proibido. *Super Interessante*, São Paulo, n. 338, p. 34-43, out. 2014.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Temas de derecho penal: Los delitos de bigamia y adultério*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1970. p. 56

ARAÚJO, Tarso. Drogas: está na hora de legalizar? *Super Interessante*, São Paulo, n. 244, p. 62-71, out. 2007.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Recurso de Hecho A. 891. XLIV*. Argentina, 25 de agosto de 2009. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Amicus-Curae_Revista.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

AQUINO, Ruth de. Hora de legalizar? *Época*, São Paulo, n. 561, p. 82-88, fev. 2009.

BALTIERI, Danilo Antônio. Canabinoides: da proibição à prescrição. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 34-37, abr. 2014.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BOITEUX, Luciana. Breves considerações sobre a política de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 18, n. 217, p. 24-26, dez. 2010.

_____. Tráfico de Drogas e Constituição. *Pensando o Direito*, Ministério da Justiça, Brasília, n. 1, p. 24-26, 2009.

BOTTINI, Pierpaolo. “As drogas e o direito penal na sociedade de risco”. In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 69-85.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. *REsp 154840/PR*. Sexta Turma. Recorrente: Elielson Del Padre. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, 06 de abril de 1998. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199700811883&dt_publicacao=06-04-1998&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Criminal. *Apelação Criminal 01113563.3/0-000-00*. Sexta Turma Criminal. Apelante: Ronaldo Lopes. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator José Henrique Rodrigues Torres. São Paulo, 31 de março de 2008. Disponível em: <http://www.leapbrasil.com.br/media/uploads/jurisprudencia/11_Drogas%20-%20uso%20-%20conduta%20atipica%20-%20TJSP.pdf?1298650579>. Acesso em: 06 abr. 2015.

BRASIL POST. *Pesquisa Global de Drogas*. Disponível em: <brasilpost.com.br/2014/04/26/drogas-mais-usadas-2014_n_5218600.html>. Acesso em: 10 jun. 2014.

CARVALHO, Salo de. *A atual política brasileira de drogas: os efeitos do processo eleitoral de 1998*. Rio de Janeiro: Lumem, 1998. p. 132

_____. *A política criminal de drogas no Brasil (do discurso oficial às razões de descriminalização)*. Rio de Janeiro: Lumem, 1997.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06*. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CENTRO BRASILEIRO DE INFORMAÇÕES SOBRE DROGAS PSICOTRÓPICAS. *Levantamento de uso de drogas*. Disponível em: <http://www.brasilmedicina.com.br/noticias/pgnoticias_det.asp?Codigo=112&AreaSelect=1>.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

CIÊNCIA HOJE. *Cannabis combate falta de apetite provocada pela quimioterapia*, 2011. Disponível em: <<http://www.cienciahoje.pt/index.php?oid=47626&op=all>>. Acesso em: 12 out. 2014.

COLÔMBIA. Corte Suprema de Justiça. Sentença C-221. *Processo 31531*. Colômbia, 08 de julho de 2009. Disponível em: <http://vivario.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Amicus-Curae_Revista.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

COMISSÃO BRASILEIRA DE DROGAS E DEMOCRACIA. *Banco de Injustiças*. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/categoria/oscasos>>. Acesso em: 02 out. 2014.

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. *Tráfico de Drogas e Constituição: um estudo sobre a atuação da justiça criminal do Rio de Janeiro e Brasília no crime de tráfico de drogas*, 2009. Disponível em: <http://participacao.mj.gov.br/pensandoodireito/wp-content/uploads/2012/11/01Pensando_Direito.pdf>. Acesso em: 07 abr. 2015.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 1, p. 141-154, São Paulo: RT, 1992.

FÓRUM BRASILEIRO de segurança pública. *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*: 2012. São Paulo, 2013

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à Lei 8.072/90*. 4. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 494.

GARCIA, Frederico. Da guerra do ópio à legalização da maconha: dois séculos de experiências e argumentos para fomentar o debate. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 40-41, abr. 2014.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Notas sobre a idoneidade constitucional da criminalização do porte e do comércio de drogas. *In: REALE JR., Miguel [et al.]. Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 86-102.

GRECO, Luis. Posse de droga, privacidade, autonomia: reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional argentino sobre a inconstitucionalidade do tipo penal de posse de droga com a finalidade de próprio consumo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v. 18, n. 87, p. 8-10, nov/dez. 2010.

IBGE. *Estimativas populacionais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*, 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/estimativa2012/>>. Acesso em: 12 out. 2014.

INFOCAMPO. *Investigan nuevos usos de Cannabis Sativa*, 2013. Disponível em: <<http://infocampo.com.ar/nota/campo/52059/investigan-nuevos-usos-de-cannabis-sativa>>. Acesso em: 12 out. 2014.

INSTITUTO NACIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS DO ÁLCOOL E OUTRAS DROGAS. *Levantamento Nacional sobre Drogas do ano de 2012*. Disponível em: <http://inpad.org.br/wp-content/uploads/2013/04/Press_Maconha_Slte1.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2015.

JÚNIOR, Eurico. Notas sobre a legalização da maconha no Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, n. 414, p. 31-33, abr. 2014.

KARAM, Maria Lúcia. A Lei 11.343/06 e os repetidos danos do proibicionismo. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, v.14, n.167, p. 6-7, 2006.

KOGUCHI, Thiago. Uma planta, muitas discussões. *Ler e Saber*, São Paulo, ano 2, n. 2, p. 6-17 2014.

MCNAMEE, David. *Further evidence that cannabis can reduces tumor growth in new study*, 2014. Disponível em: <<http://www.medicalnewstoday.com/articles/279571.php>>. Acesso em: 12 out. 2014.

MEDIAVILLA, Daniel. *Maconha é menos viciante do que álcool ou nicotina*, 2014. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2014/10/06/ciencia/1412618575_595889.html>. Acesso em: 12 out. 2014.

MEDICI, Sérgio de Oliveira. Incriminação do porte de substância entorpecente para uso próprio. *In: REALE JR., Miguel [et al.]. Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 151-160.

NASSIF, Luis. *Os problemas do sistema carcerário brasileiro*, 2013. Disponível em: <<http://jornalggn.com.br/blog/luisnassif/os-problemas-do-sistema-carcerario-brasileiro>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

OLMO, Rosa. *A face oculta da droga*. Rio de Janeiro: Revan, 1990. p. 34.

_____. *América Latina y su Criminologia*. México: Siglo Veintiuno, 1984. p. 105.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Levantamento sobre o uso de álcool e outras drogas*. Disponível em: <<http://portalsaude.saude.gov.br>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Levantamento sobre o uso de álcool e outras drogas*. Disponível em: <<http://www.sesipr.org.br/cuide-se-mais/alcool-e-outras-drogas/dados-sobre-o-uso-de-alcool-e-outras-drogas-no-brasil-1-23999-216347.shtml>>. Acesso em: 25 mar. 2015.

PAWLIK, Michael. *La libertat institucionalizada*. Estudios de filosofia jurídica y derecho penal. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 78.

PIERANGELI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil: evolução histórica*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 58.

REALE JR., Miguel. Caminhos do direito penal brasileiro. *Boletim Ibccrim*, São Paulo, n. 85, p. 66-68, 2010.

SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativa à Prisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 31

SICA, Leonardo. “Funções Manifestas e Latentes da Política War on Drugs” In: REALE JR., Miguel [et al.]. *Drogas aspectos penais e criminológicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 9-23.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003. p. 76.

SOUZA, Ney Fayet de. Lei Antitóxicos: Reparos e Sugestões para o art. 314 do Novo Código Penal. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 4, 1972. p. 58-59.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1985, apud CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2. Ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.